

Informe jurídico sobre la constitucionalidad del Dictamen de la Comisión de Agricultura del Congreso recaído en los Proyectos de Ley N° 649, 893 y 2315 que promueve la deforestación de los bosques amazónicos



Juan Carlos Ruiz Molleda
Equipo del Área de Litigio Constitucional

Diciembre 2023



Instituto de Defensa Legal

Informe jurídico sobre la constitucionalidad del Dictamen de la Comisión de Agricultura del Congreso recaído en los Proyectos de Ley N° 649, 893 y 2315 que promueve la deforestación de los bosques amazónicos

Juan Carlos Ruiz Molleda

Equipo del Área de Litigio Constitucional

Diciembre 2023

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este informe es analizar la constitucionalidad del Dictamen de la Comisión Agraria del Congreso recaído en los Proyectos de Ley 649/2021-CR, 894/2021-CR y 2315/2021-CR con texto sustitutorio que propone la "LEY QUE MODIFICA LA LEY 29763, LEY FORESTAL Y DE FAUNA SILVESTRE Y APRUEBA DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS ORIENTADAS A PROMOVER LA ZONIFICACIÓN FORESTAL" (en adelante el Proyecto de Ley), el cual ya cuenta con dictamen aprobatorio de la Comisión Agraria, pues promueve la deforestación en la Amazonía peruana y agudizará la disputa por tierras y la violencia contra los defensores de la Amazonía.

Link al dictamen
https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/NTY1MDU=/pdf

Seguimiento legislativo
https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/649

11. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY DE ACUERDO A DICTAMEN FINAL

Lo primero que debemos de hacer es identificar los principales cambios legales de este Proyecto de Ley:

2.1. Sobre el artículo 1 del proyecto del Proyecto de Ley: El objetivo de la propuesta normativa

De acuerdo con el artículo 1 del Proyecto de Ley, el objetivo es promover el desarrollo del proceso de zonificación forestal.

> *Artículo 1. Objeto de la ley*
> *La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 29 y 33 de la Ley 29763, Ley forestal y de fauna silvestre y aprueba disposiciones complementarias orientadas a promover la zonificación forestal, con* ***la finalidad de promover el desarrollo del proceso de zonificación forestal en las diferentes regiones del país.*** *(Resaltado nuestro)*

Sin embargo, cuando se analiza los considerandos del Proyecto de Ley, se encuentra el verdadero objetivo de este, esto es, legalizar a los que vienen deforestando los bosques amazónicos. Esto se desprende de la página 36 del dictamen final.

El Proyecto de Ley que modifica la actual Ley Forestal tiene el objetivo de garantizar los derechos sobre el uso de la tierra de miles de pequeños productores agropecuarios en la selva y la generación de condiciones para su formalización y certificación ambiental, a través de la definición de una línea de corte entre la agricultura que ya está consolidada y los nuevos proyectos agrarios que tendrán que cumplir con todo lo establecido en la ley vigente.

A través de esta iniciativa, se busca contribuir principalmente a garantizar la seguridad jurídica de los predios rurales, reducir la incertidumbre en la actividad productiva, evitar posibles pérdidas de capital y de producción agrícola, disminuir la pobreza, propiciar el desarrollo sostenible y adaptarse a las condiciones del mercado.

2.2. Sobre el artículo 2: Cambio de régimen jurídico de los bosques

En efecto el proyecto de ley modifica el artículo 33 de la Ley N.° 29763 para que la aprobación de la zonificación forestal ya no lo haga el Ministerio del Ambiente (MINAM) como hasta ahora ha venido sucediendo, sino el Ministerio de Agricultura (MIDAGRI).

La Ley N.° 29763 vigente señala:

> *Artículo 29. Bosques de producción permanente*
> *Los bosques de producción permanente se establecen* ***por resolución ministerial del Ministerio del Ambiente****, a propuesta del Serfor, en bosques de las categorías I y II, con fines de producción permanente de madera y otros productos forestales diferentes a la madera, así como de fauna silvestre y la provisión de servicios de los ecosistemas*
> *El Estado promueve la gestión integral de estos bosques. Para ello, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre elabora, directamente o a través de terceros, y aprueba el Plan Maestro de Gestión que contiene, como mínimo, la identificación de sitios que requieran tratamiento especial para asegurar la sostenibilidad del aprovechamiento, las rutas de acceso, las vías comunes y los puntos de control. Previo a su establecimiento, el Estado realiza la evaluación de impacto ambiental y la consulta a la población que pueda verse afectada por su establecimiento.*
> *Son supervisados por el jefe de la correspondiente Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS).*
>
> *Artículo 33. Aprobación de la zonificación forestal*
> *La zonificación forestal es aprobada mediante resolución ministerial del* ***Ministerio del Ambiente*** *a propuesta del Serfor en coordinación con la autoridad regional forestal y de fauna silvestre.*

Mientras que el Proyecto de Ley modifica de la siguiente manera:

> *Artículo 2. Modificación de los artículos 29 y 33 de la Ley 29763 Ley forestal y de fauna silvestre*
> *Modifícanse los artículos 29 y 33 de la Ley 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, quedando redactados de la siguiente manera:*
>
> *"Artículo 29. Bosques de producción permanente*

Los bosques de producción permanente se establecen ***por resolución ministerial del Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego,*** *a propuesta del SERFOR, sobre bosques de categorías 1 y II de la zonificación forestal, con fines de producción permanente de madera y otros productos forestales diferentes a la madera, así como de fauna silvestre y la provisión de servicios de los ecosistemas.*
El Estado promueve la gestión integral de estos bosques. Para ello, la autoridad regional forestal y de fauna silvestre elabora, directamente o a través de terceros, y aprueba el Plan Maestro de Gestión que contiene, como mínimo, la identificación de sitios que requieran tratamiento especial para asegurar la sostenibilidad del aprovechamiento, las rutas de acceso, las vías comunes y los puntos de control.
Previo a su establecimiento, el Estado realiza la evaluación de impacto ambiental y la consulta a la población que pueda verse afectada por su establecimiento.
Los bosques de producción permanente son supervisados por el jefe de la correspondiente Unidad de Gestión Forestal y de Fauna Silvestre (UGFFS)".

"Artículo 33. Aprobación de la zonificación forestal
La zonificación forestal es aprobada mediante resolución ministerial del ***Ministerio de Desarrollo Agrario y Riego,*** *a propuesta del SERFOR en base al expediente técnico elaborado por el Gobierno Regional y con opinión previa del Ministerio del Ambiente".* (Resaltados nuestros)

2.3. Sobre la disposición complementaria.

El Proyecto de Ley desconoce que estos territorios son patrimonio del Estado, bajo el régimen de dominio eminencial y que, por tanto, no pueden ser objeto de apropiación privada por particulares. En tal sentido, lo que pretende este proyecto es la apropiación privada por particulares, de tierras que son patrimonio de la nación en tanto tienen recursos naturales. Esto es claro en la redacción de las siguientes disposiciones de Proyecto de Ley:

"*DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS*

PRIMERA. Zonificación forestal y otorgamiento de títulos habilitantes.
Suspéndase la obligatoriedad de exigir la Zonificación Forestal como requisito para el otorgamiento de títulos habilitantes. *Para la implementación de la presente disposición, el Gobierno Regional acreditará ante el SERFOR los avances en la aplicación de la Guía Metodológica para la Zonificación Forestal, según los criterios que se indican a continuación:*
a) Hasta por dos años, contabilizados a partir de la publicación de la presente Ley, siempre que el Gobierno Regional haya instalado el Comité Técnico.
b) Hasta por un año, adicional al plazo mencionado en el literal a), siempre que se cuente con el expediente técnico de Zonificación Forestal listo para su socialización.
En cualquiera de los supuestos antes mencionados, el Gobierno Regional debe considerar las variables, criterios o fuentes de información que la Guía Metodológica para la Zonificación Forestal, aprobada por el SERFOR, para la identificación de una categoría de Zonificación Forestal, la cual debe ser compatible con el título habilitante solicitado.
Lo dispuesto en la presente Disposición Complementaria Transitoria no se aplica para el otorgamiento de concesiones forestales maderables.

SEGUNDA. Prohibición de otorgamiento de títulos habilitantes
Durante el periodo de suspensión de la exigencia de la Zonificación Forestal establecido en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, no se otorgarán títulos habilitantes forestales y de fauna silvestre en áreas que se encuentren en trámite de reconocimiento, de titulación o de ampliación de comunidades campesinas y nativas; así

como en áreas que se encuentren en trámite para el establecimiento de reservas territoriales, pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL
ÚNICA. Clasificación de tierras y reglas sobre cambio de uso para actividades agropecuarias existentes
Los predios privados que cuenten con títulos de propiedad o constancias de posesión emitidas por la autoridad competente con anterioridad a la vigencia de la presente ley o que se encuentren dentro de los alcances de la Ley 31145, Ley de saneamiento físico-legal y formalización de predios rurales a cargo de los gobiernos regionales, que no contengan masa boscosa y que desarrollen actividad agropecuaria, ***son considerados, de manera excepcional, como áreas de exclusión para fines agropecuarios y por tanto están exceptuados de realizar su Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor, así como también están exceptuados del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 38 de la Ley 29763.*** *Esta excepción no exime la obligación de reserva mínima establecida en el cuarto párrafo del artículo 38 de la Ley referida al treinta por ciento de la masa boscosa en el predio privado, ni de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de los funcionarios públicos, personas naturales o jurídicas, que hayan incurrido en delitos relacionados con el tráfico de tierras.*
En caso el predio privado no cuente con el área de reserva mínima esta deberá ser compensada de manera progresiva con áreas reforestadas o de conservación dentro o fuera del predio. El SERFOR deberá establecer los mecanismos adecuados para dicho fin". (Resaltados nuestros)

3. LA FUERZA NORMATIVA DE LA NORMAS CONTITUCIONALES QUE REGULAN EL REGIMEN FORESTAL

Para comprender por qué este Proyecto de Ley es inconstitucional debemos comenzar por analizar la fuerza normativa de las normas constitucionales que regulan el régimen forestal.

3.1. El Proyecto de Ley desconoce que las personas que están en posesión de territorios con aptitud forestal también están obligadas a respetar la Constitución: La eficacia horizontal de los derechos fundamental y la subordinación del derecho privado a la Constitución y a los derechos fundamentales

Los pequeños agricultores, así como las empresas privadas, no están exentas de cumplir y de respetar la Constitución y los derechos fundamentales. Esta obligación se desprende del artículo 1 de la Constitución, cuando precisa que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad, que comprende también a las empresas: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la* <u>sociedad</u> *y del Estado"*.

En efecto, como señala Landa Arroyo, los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva, son exigibles de protección frente a terceros particulares, de manera subsidiaria[1]. Al respecto, nuestra Constitución, en su artículo 38, determina que todos los peruanos debemos «respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación», lo cual, por supuesto, incluye a los terceros particulares. De manera similar, Mendoza Escalante sostiene que los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas privadas mediante otras tres disposiciones constitucionales, que permiten irradiar su fuerza normativa: a) el principio de dignidad de la persona; b) el principio de primacía de la Constitución; y c) la procedencia del amparo contra actos u omisiones provenientes de particulares[2].

---

[1] Landa Arroyo, César (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, p. 16.
[2] Mendoza Escalante, Mijail (s/f). *Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano*. Revisado en 6/7/17. Disponible en:

De igual forma, el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia uniforme, ha reconocido la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, oponibles frente a los particulares:

> *[E]l Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical –frente a los poderes del Estado– y horizontal –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional*[3].

Igualmente, el Tribunal, en el caso Salazar Yarlenqué, ha señalado:

> *[E]l respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva–.*[4]

Por otro lado, los poderes públicos están también en la obligación de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en sus relaciones con los individuos. A esto nos referimos como *eficacia vertical*. El mandato de la Constitución, en consecuencia, vincula al propio Estado en su conjunto y a sus funcionarios. Ciertamente, el régimen de eficacia difiere tratándose del legislador, el Poder Judicial o el Ejecutivo[5].

Los derechos fundamentales, en su dimensión objetiva, «constituyen un sistema de valores y principios jurídicos que informa todo el ordenamiento», que se materializa en una vinculación positiva hacia los poderes públicos; es decir, un auténtico *deber positivo de protección*[6].

3.2. Una adecuada concepción del "orden jurídico". Las normas no se interpretan en forma aislada como pretende el proyecto de ley

Si uno revisa la fundamentación del Proyecto de Ley, encuentra una invocación y una interpretación aislada de los artículos 59 y 88 de la Constitución, de espaldas a los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, y desconociendo el artículo 2.22 de la Constitución. Se está interpretando normas de espaldas a los principios establecidos por la Constitución. Es decir, solo se quiere mirar las normas sectoriales que regulan competencias específicas, y las interpretan aisladamente, desconociendo otros principios constitucionales.

Sobre el particular debemos de decir, que no podemos interpretar literalmente las normas de nuestro ordenamiento jurídico, de espaldas a la Constitución, pues la interpretación literal, en definitiva, desconoce que el ordenamiento jurídico tiene una entidad propia distinta de las normas que lo integran. Este tipo de interpretaciones olvida que el ordenamiento jurídico es un sistema, es decir, una estructura dotada de un orden interno en el que sus elementos se relacionan entre sí armónicamente conjugados.

---

http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.peru.pdf, p.2.

[3] STC. Exp. N° 10087-2005-PA/TC, fundamento 3.

[4] STC. Exp. N° 03741-2004-AA/TC, fundamento 10.

[5] Bastida Freijedo, Francisco *et. al.* (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Editorial Tecnos, p. 179.

[6] *Ibid.*, pp. 181 y 182.

Como consecuencia de esta condición sistemática, se atribuyen al ordenamiento jurídico una serie de características tales como la unidad, la coherencia y la plenitud[7]. Según De Asís *"las normas cobran sentido en relación con el texto legal que las contiene o con el ordenamiento"*; el denominado argumento sistemático es aquel en el que: *"a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico"*[8]. Asimismo, el criterio de coherencia establece que: *"las normas deben ser interpretadas de modo tal que se evite su contradicción con otras"*[9].

Una condición necesaria para una correcta interpretación de las normas legales y reglamentarias, en concordancia con la Constitución, es una adecuada concepción de orden jurídico y de sistema normativo. No debe entenderse por él una suma y un agregado de disposiciones aisladas, sino como un conjunto de normas con una coherencia interna y una unidad desde la Constitución.

Señala el TC que el orden jurídico es un *"sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas"*[10]. No es un archipiélago cuyas piezas carecen de relación entre sí. El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistémica, y por su plenitud hermética[11]. Agrega el TC que, en sentido estricto, *"una norma jurídica sólo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistemáticamente por otras"* [12].

En tal sentido, hablar de orden jurídico es hacer referencia a una totalidad normativa unitaria, coherente y organizadora de la vida coexistencial[13], *"esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, dado que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones regulatorias"*[14]. Hans Kelsen precisa que un orden normativo sistémico es unitario *"porque todas sus normas convergen en una norma fundamental, de la cual derivan directa o indirectamente, en sucesión, grado o escalera, hasta llegar a las normas más concretas"*[15].

En esa línea, uno de los principales efectos articuladores de este sistema de normas tiene que ver con los criterios de validez material –no formal- de las normas de mayor jerarquía respecto de las de menor jerarquía. En esa lógica, será la Constitución Política el principal criterio y factor de unidad del sistema jurídico en su vértice. En opinión del TC, *"toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no sólo alude a la necesidad de que una norma se adecue formalmente a otra superior, sino también a su compatibilidad material"* [16].

Una consecuencia de ello es la necesidad de compatibilizar y darle coherencia y consistencia al sistema jurídico, expulsando o neutralizando las normas y disposiciones disonantes según los criterios de validez material antes referidos y que viene en última instancia de la Constitución Política. Ello llevará al TC a sostener que este conjunto aparentemente disperso –para el lector lego en derecho- de disposiciones, está sujeta al criterio de coherencia, pues el sistema jurídico es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una

[7] José Luis Del Hierro, Introducción al Derecho. Madrid: Editorial Síntesis, 1997, pág. 96.
[8] De Asís Roig, op. cit., 1995, pág. 188.
[9] Ibídem.
[10] STC. Nº. 0005-2003-AA/TC, f.j. 3.
[11] Ibídem.
[12] Ibídem.
[13] Ibídem.
[14] Ibídem.
[15] Ibídem.
[16] Ibídem.

relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente [17].

Esto no significa que no existan normas contradictorias, las habrá y constantemente. Sin embargo, esta situación como bien dice el Tribunal Constitucional no debe ser en forma permanentemente, pues en aquellas situaciones, será la judicatura y sobre todo la justicia constitucional la encargada de detectar estas patologías para ajustar o eventualmente expulsarlas del ordenamiento jurídico. Precisa nuestro Alto Tribunal que *"esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal"*[18]. Todo ello lo lleva a sostener de manera categórica que el orden jurídico descansa en dos principios: la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas[19].

Queda claro entonces, que una interpretación literal no tiene cobertura constitucional, no por ser inadecuada, sino por ser insuficiente al desconocer la especial naturaleza de las normas constitucionales y las funciones que cumplen al interior del ordenamiento jurídico.

Debemos concluir entonces, que toda norma debe de seguir el Principio de Legalidad, el cual siempre debe de estar acorde a los presupuestos y principios constitucionales. Como ha expresado el propio TC, "*el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general» (énfasis agregado).*"[20]

En el presente caso, se fundamenta la constitucionalidad de este Proyecto de Ley en dos normas de la Constitución. En los artículos 59 y 88 de la Constitución. Esto se aprecia de la misma página 36:

> En esa línea, nuestra **Constitución Política del Perú** prescribe en su **artículo 59** que "**El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.** (...) **El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad** (...)"; y, en este caso, con la agricultura se promoverá la creación de riqueza, la libertad de trabajo y se podrá otorgar una mejor calidad de vida y reducir la vulnerabilidad monetaria que sufre la población de la selva rural y que ha sido explicitado en los párrafos anteriores.

Adviértase que se cita el artículo 59, pero suprime la parte del artículo 59 que precisamente dice que la libertad de empresa, comercio e industria no es un derecho absoluto, sino que está limitado por otros bienes jurídicos constitucionales.

---

[17] Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: Eudeba, 1987.
[18] STC. Nº. 0005-2003-AA/TC, f.j. 3.
[19] Ibídem.
[20] STC. Nº 3741-2004-AA/TC, f.j. 15.

> *Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.* ***El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas****. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Resaltado nuestro)*

No solo la moral la salud y la seguridad públicas limitan la libertad de empresa, sino el medio ambiente, y en este caso la protección del patrimonio forestal también son un límite a la libertad de empresa.

Esto quedo claramente establecido en la STC Exp. N.° 03343-2007-PA/TC, donde el Tribunal Constitucional suspendió la exploración y la explotación del lote 103, hasta que se demuestre que la actividad de exploración y explotación no afectaban los objetivos de la creación del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, pudiendo reiniciarse, si esta actividad extractiva era "compatible". Es decir, sino es compatible, no hay actividad extractiva, tal como se puede apreciar de la parte resolutiva de dicha sentencia.

> *"Declarar FUNDADA la demanda. En consecuencia,* ***queda prohibida la realización de la última fase de la etapa de exploración y la etapa de explotación dentro del Área de Conservación Regional denominada Cordillera Escalera hasta que no se cuente con el Plan Maestro****, pudiendo reiniciar tal actividad una vez que éste haya sido elaborado y* ***se establezca la compatibilidad entre la actividad*** *de exploración y explotación y los objetivos del Área de Conservación Regional Cordillera Escalera. En caso de que ya se encuentre en ejecución la última fase de la etapa de exploración o la etapa de explotación, dichas actividades deben quedar inmediatamente suspendidas".*

Pero, además, cita el artículo 88 que establece que "El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario". Habría que señalar que el Estado al momento de promover el desarrollo agrario, debe respetar el medio ambiente. En otras palabras, el medio ambiente irradia toda política de desarrollo agrario. Como dice el propio artículo 44 de la Constitución, el Estado no debe impulsar cualquier desarrollo sino un desarrollo equilibrado y adecuado a la vida.

> *"Artículo 44°.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia* ***y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación****". (Resaltado nuestro)*

Queda claro que se necesita una interpretación sistemática de los artículos 59 y 88 de la Constitución de cara a las otras normas de la Constitución.

3.3. Análisis de la tipología de las normas constitucionales que regulan el régimen constitucional de protección del patrimonio forestal

Antes de analizar los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución es necesario tener claras las diferentes normas constitucionales, para comprender su fuerza normativa y de esa manera realizar una correcta aplicación de las mismas en problemas concretos. Esta diferencia resulta irrelevante para ver la fuerza normativa de los diferentes mandatos establecidos en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, y si debemos aplicarlos directamente sí o sí, o si debemos de ponderarlos con otras normas constitucionales.

Siguiendo a César Landa, ex presidente del Tribunal Constitucional, podemos señalar que hay un consenso en el mundo académico, en torno a que las normas constitucionales pueden asumir dos

tipos básicos: reglas y principios[21], *"Dos son fundamentalmente los criterios de distinción entre las normas reglas y las normas principio. Entre los que han alcanzado mayor difusión tenemos a los criterios estructural y cualitativo. Por el primero, se entiende que reglas y principios son normas que se diferencian por su estructura semántica. En tanto que en las reglas es posible identificar un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, en los principios esto no es factible"*[22].

El profesor Landa[23] da los siguientes ejemplos.

> *"Así, por ejemplo, puede señalarse que el artículo 112 de la Constitución, que establece que el mandato presidencial es de cinco años sin posibilidad de reelección inmediata, puede ser considerada como una regla, en tanto que establece con claridad cuál es el supuesto al cual se aplica y cuál es la consecuencia jurídica de tal aplicación: el elegido presidente sólo puede ocupar dicha magistratura durante cinco años.*
>
> *En cambio, artículos como el 2.22 de la Constitución que reconocen que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, no obedece a la estructura antes indicada (supuesto más consecuencia), ello en la medida que dicha norma no hace referencia a un supuesto específico, sino a un estado ideal de cosas que debe alcanzarse (un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida de la persona)".*

Por el segundo criterio, el cualitativo, a juicio de Landa, *"se entiende que los principios, a diferencia de las reglas, ordenan que algo se haga en la mayor medida posible, considerando las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por ello, los principios pueden ser concebidos como mandatos de optimización, en tanto la medida de su cumplimiento puede ser realizada en diferente grado. El ámbito de su realización también depende de los principios y reglas que se le oponen"*[24].

En cambio, las normas reglas, *"se cumplen o no, pues ellas contienen mandatos en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. En buena cuenta, mientras los principios como mandatos de optimización exigen un cumplimiento gradual, en la mayor medida posible; las reglas exigen un cumplimiento todo o nada, no admiten cumplimientos graduales, por ello serían mandatos definitivos".*

El profesor Landa ha elaborado este cuadro que nos parece sumamente claro:

Tipología de las Normas Constitucionales:
Criterios de distinción entre las Reglas y los Principios

Criterios	Reglas	Principios
Estructural	Supuesto de hecho más consecuencia jurídica	Estado de cosas que deben ser alcanzados
Cualitativo	Mandato definitivo, cumplimiento todo o nada	Mandato de optimización, cumplimiento gradual

En esa línea, las normas reglas se aplican a casos concretos, *"mediante la técnica de la subsunción. Este método, supone identificar hechos (de un caso) de acuerdo a la descripción*

[21] César Landa Arroyo, Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco Legal – administrativo & Análisis de los vacíos y contingencias legales, Sociedad Peruana de Ecodesarrollo, Lima, 2014, pág. 7.
[22] Ibídem.
[23] Ibídem.
[24] Ibídem.

típica contenida en una norma constitucional (legal o administrativa), luego si esta identidad existe, se aplica la consecuencia prevista en la misma norma"[25]. Landa da como ejemplo el artículo 30 de la Constitución establece que "[s]on ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años". Esto quiere decir que si, por ejemplo, Juan, un adolescente nacido en nuestro país cumple los 18 años (acontecimiento que se identifica con el supuesto de hecho del artículo 30), por dicha circunstancia Juan adquiere la ciudadanía peruana (que viene a ser la consecuencia jurídica).

A diferencia de las normas regla, las normas principio operan de otra manera. La aplicación de los principios se realiza mediante el principio de proporcionalidad, y en particular, vía la ponderación que forma parte de aquél. El principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 200 de la Constitución, *"supone el análisis de medios (legales, administrativos y judiciales) que intervienen (lesionan) en el ámbito protegido de los derechos (valores y bienes constitucionales), de modo tal que se exige que dicha medida sea una medida idónea para lograr un fin constitucionalmente legítimo. Este primer análisis es el denominado juicio (test, examen) de idoneidad o adecuación. Asimismo, el principio de proporcionalidad exige que no exista otra medida alternativa, que logrando con igual eficacia el fin, incida en menor medida en el derecho intervenido, en buena cuenta, se exige que la medida sea necesaria o indispensable para lograr el fin constitucional que lo legitima. A este segundo paso, se le denomina juicio (test, examen) de necesidad"*[26].

Finalmente, se exige además que dicha medida sea proporcional, "*es decir, que el grado de afectación del derecho intervenido sea directamente proporcional al grado de realización del derecho o fin constitucional que sustenta la medida. Si este equilibrio no se presenta, la medida cuestionada será calificada como inconstitucional por desproporcionada"*[27].

Acá un gráfico desarrollado por el profesor Landa[28]:

Aplicación de los Principios mediante el Principio de Proporcionalidad	
Test de idoneidad	- Toda medida que interviene un derecho o bien constitucional debe ser idónea para lograr un fin constitucionalmente legítimo. - Examen que correlaciona el *medio* con el *fin* que se persigue.
Test de necesidad	- Supone la adopción entre diferentes alternativas de aquella que limite en menor medida el derecho que se lesiona. - Examen que correlaciona dos medios: el medio utilizado por el Estado (legislador, juez, administración pública) con otro alternativo, es un test *medio-medio*.
Test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación	- Supone el examen de los derechos o bienes constitucionales en conflicto. - Se rige por la llamada ley de ponderación: cuanto más intensa es la afectación o no realización de un derecho, tanto más importante debe ser la realización del que se le opone.

[25] Ibídem. Pág. 8.
[26] Ibídem, págs. 8 y 9.
[27] Ibídem, pág. 9.
[28] Ibídem, pág. 10.

Una vez aclarado los tipos de normas constitucionales, procederemos a analizar el régimen constitucional de protección de los recursos naturales.

4. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS RECURSOS FORESTALES

Este Proyecto de Ley y el dictamen recaído en este, desconocen en absoluto el régimen constitucional de los recursos naturales en general, y de los recursos forestales en concreto, lo cual como veremos acarrea un vicio de nulidad.

4.1. La protección constitucional de los recursos forestales y en concreto de las tierras forestales que el Proyecto de Ley desconoce

La Constitución ha reconocido como bien jurídico constitucional a los recursos forestales y de fauna silvestre, así como el régimen jurídico-constitucional establecido en su favor. En efecto, la Constitución de 1993 ha previsto un acápite especial titulado "Del ambiente y los recursos naturales", dentro del título referido al "Régimen Económico". Se tratan de los artículos 66, 67, 68 y 69.

> *Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.*
> *Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.*
>
> *Artículo 67°.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.*
>
> *Artículo 68°.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.*
>
> *Artículo 69°.- El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.*

Para el profesor César Landa[29], estas normas contienen normas reglas y normas principio, que es necesario diferenciar, a efecto de evaluar su aplicación inmediata y directa, o la necesidad de ponderarla con otros mandatos constitucionales.

Reglas	Principios
Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación (artículo 66).	El estado determina el uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67).
El estado es soberano para el aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 66).	El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas (artículo 68).
El Estado determina la política nacional del ambiente (artículo 67).	El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada (artículo 69).

[29] Ibídem, pág. 13.

En este cuadro elaborado por el profesor Landa, el criterio utilizado es el cualitativo. A partir de este criterio, *"las normas que hemos calificado como reglas o se cumplen o no. En buena cuenta, los recursos naturales, o son patrimonio de la Nación o no lo son. El mandato constitucional es claro al establecer que son patrimonio de la Nación*"[30]. En esa misma línea, *"no hay duda de que debe de cumplirse o no la declaración según la cual el Estado es soberano para el aprovechamiento de los recursos naturales, pues o es soberano o no lo es, no hay margen de gradualidad en el mandato. Igualmente, en lo referido al mandato según el cual el Estado determina la política nacional del ambiente, pues dicha política o es determinada por el estado o no lo es*"[31].

Esto significa que estas normas, que tienen naturaleza de normas jurídicas regla o normas regla, deben ser cumplidas ineluctablemente, y no puede ser modificada por una ley, de rango infraconstitucional, como pretende el Proyecto de Ley. No obstante, este mandato es precisamente el que busca ser desconocido cuando se intentan pasar del régimen del patrimonio forestal al régimen agrario a millones de hectáreas, al exonerarlas del procedimiento previo de calificación de tierras y de la prohibición de cambio de uso, como pretende el dictamen y los diferentes proyectos de ley.

De otro lado, las normas calificadas como principios, o normas principio asumen la forma de mandatos de optimización, ya que *"el uso sostenible de los recursos naturales admite graduaciones condicionadas por las especiales características de los propios recursos naturales. En efecto, no es lo mismo determinar cuando estamos frente a un uso sostenible de los recursos minerales en comparación con los recursos biológicos o forestales"*[32]. De igual manera, el deber de conservar las áreas naturales y la diversidad biológica, *"admite no sólo gradualidad sino también diversidad, pues dependiendo del tipo de área natural (tierras eriazas, tierras desérticas, adyacentes a ríos o al mar, vegetación, las que se ubican en la sierra o en la Amazonía) o del tipo de espécimen biológico y su potencial riesgo de extinción (criaturas de mar, de selva, de la sierra, de la costa) las medidas de conservación pueden y de hecho difieren. No obstante, esas medidas deben ser adecuadas para lograr su conservación*"[33].

La conclusión es clara. Las normas que reconocen que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento al ser normas regla, son de cumplimiento obligatorio. Es decir, deben ser cumplidas sí o sí.

4.2. El Proyecto de Ley no diferencia entre el régimen forestal y el régimen agrario

El Proyecto de Ley pretende modificar inconstitucionalmente el régimen jurídico que regula el patrimonio forestal, pues pretende que estos bosques que están bajo el régimen de protección de recursos naturales, pasen al régimen agrario, lo cual resulta incompatible con la Constitución como a continuación explicamos.

A diferencia del régimen legal de los recursos forestales, el régimen agrario, se rige por el Decreto Legislativo N.° 653, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Agrario. Esta norma precisa en su artículo 1, que el desarrollo integral del sector agrario es prioritario, por ello el Estado debe promover el uso eficiente de las tierras y las aguas, dictando las normas para la protección, conservación y regulación en el aprovechamiento de dichos recursos.

> *Artículo 1.- El desarrollo integral del Sector Agrario es prioritario. Corresponde al Estado promover el uso eficiente de las tierras y las aguas, dictando las normas para la*

---

[30] Ibídem.
[31] Ibídem.
[32] Ibídem, pág. 14.
[33] Ibídem.

protección, conservación y regulación en el aprovechamiento de dichos recursos.

Siguiendo a César Landa[34], *"en el régimen agrario, se regula el derecho de propiedad agraria, su libre transferencia, posesión, arrendamiento, la hipoteca y prenda agrícola, limitaciones al derecho de propiedad, la regulación de los predios rústicos. Sobre los predios rústicos se señala que son aquellos ubicados en zonas rurales, que están destinados o son susceptibles de ser destinados a fines agrarios y que no han sido habilitadas como urbanas"*[35]. En esa misma línea, se establece que las tierras abandonadas por sus dueños pasan al dominio público del Estado.

No obstante, esta misma norma en relación con las tierras de la selva y ceja de selva, señala que las tierras en zona de selva y ceja de selva se adjudicarán a título oneroso. Las tierras con aptitud forestal se regirán por la ley sobre la materia, esto es la Ley Forestal y de Fauna Silvestre. Esto se desprende del artículo 41 del D. Leg. N.° 653.

> *Artículo 41.- Las tierras en zona de Selva y Ceja de Selva, se adjudicarán a título oneroso. Las tierras con aptitud forestal se regirán por la Ley sobre la materia.*

Esto implica, que el patrimonio forestal está sometido a la Ley N.° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, y no al régimen agrario como pretende este Proyecto de Ley. Siguiendo a Landa podemos decir que *"De esta aproximación al régimen agrario, se puede advertir que entre éste y el régimen de los recursos forestales existen dos diferencias sustanciales. En primer lugar, el régimen jurídico aplicable es diferente, mientras que a los recursos forestales se les aplica el régimen dominio eminencial, en donde el Estado puede concesionar su uso para el desarrollo sostenible, empero no otorgar derechos de propiedad. En el caso del régimen agrario, el régimen es el del dominio público, por medio del cual el Estado puede transferir la propiedad, vía transferencia a título oneroso, de los predios para su aprovechamiento económico*"[36].

Añade Landa *que "En segundo lugar, el régimen forestal permite el uso de los recursos forestales con fines de conservación, en cambio el régimen agrario se ha previsto con fines de explotación económica, ya sea para la industria agraria, agroindustrial ganadera u otras actividades vinculadas*"[37].

Diferencias entre el Régimen de Dominio Eminente de los Recursos Forestales y del Régimen de Dominio Público aplicable al Sector Agrario

Recursos forestales (Dominio eminente)	Sector agrario (Dominio público)
Se concesiona el uso para el desarrollo sostenible. No hay transferencia de propiedad	El Estado puede transferir propiedad de las tierras, a título oneroso
Se permite el uso con fines de conservación	Se transfiere para su explotación económica

[34] César Landa Arroyo, Naturaleza jurídica de los recursos forestales y de fauna silvestre. Marco Legal – administrativo & Análisis de los vacíos y contingencias legales, Sociedad Peruana de Ecodesarrollo, Lima, 2014.
[35] Ob. Cit., pág. 26.
[36] Ibídem.
[37] Ibídem.

Queda claro que hay dos regímenes, y que el patrimonio forestal está en el régimen de protección de recursos naturales. Esto es desconocido por el Proyecto de Ley, que pretende transferir tierras con aptitud forestal del régimen forestal al régimen agrícola.

4.3. Proyecto de Ley desconoce que los recursos forestales están bajo el régimen de dominio eminencial

Si se analiza bien, el Proyecto de Ley busca que los recursos forestales, patrimonio de la nación, bajo el régimen de dominio eminencial, se conviertan en propiedad privada de personas particulares, lo cual resulta absolutamente incompatible con la Constitución.

Como muy bien señala César Landa, el régimen jurídico al que la Constitución adscribe los recursos naturales es el del dominio eminente, que no es lo mismo que el dominio público. Según este*, "Habría que tener presente que el Estado tiene bienes de dominio público y bienes de dominio privado, pero en uno y en otro caso, ejerce un derecho de propiedad, el primero regido por el derecho administrativo (bajo el cual los bienes –entre ellos los recursos naturales- serían inalienables, inembargables e imprescriptibles) y el segundo por el derecho civil (que el Estado puede transferir libremente)*"[38]. En cambio, en el régimen del dominio eminente *"no hay propiedad, los bienes del dominio eminente pertenecen a la Nación en su conjunto, correspondiéndole al Estado en nombre de la Nación, según lo establecido en la propia Constitución, fijar las reglas, vía ley orgánica, para su aprovechamiento sostenible"*[39], tal como se aprecia en el artículo 66 de la Constitución.

> *Artículo 66°.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento*

El Tribunal Constitucional ha precisado que el régimen de dominio eminente no otorga al Estado un derecho de propiedad sobre los recursos naturales.

> *"El Estado no ostenta una situación subjetiva de propietario de los recursos naturales que le otorgue una serie de potestades exclusivas sobre dichos bienes en concepto de dueño (…) El estatuto subjetivo constitucional del Estado –como personificación jurídica de la Administración- frente a los bienes dominiales será el de un deber de garantía, protección y aprovechamiento del patrimonio de la Nación, consistente en asegurar la afectación íntegra de dichos bienes para promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución" (STC Exp. N.° 00048-2004-AI, f.j. 100 y 101).*

Por ello, la Constitución establece que los recursos naturales, entre ellos los forestales y de fauna silvestre, son patrimonio de la Nación. Dada dicha condición, el Estado es soberano en su aprovechamiento, ya que *"(...) el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten entorno a su mejor aprovechamiento"*. (STC Exp. N.° 00048-2004-AI, f.j. 29).

Como se ha señalado en doctrina, *"la declaración de patrimonio de la Nación [de los recursos naturales] significa que el Estado es propietario de lo que los demás no pueden ser propietarios y dentro de un régimen peculiar: el que la Nación tiene la necesidad de imponerle. La cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al dominio eminente de la Nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas (…por ello…) no se debe confundir el dominio eminente de los recursos naturales con el dominio público. Así el concepto de dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el*

---

[38] Ibídem, pág. 15.
[39] Ibídem, pág. 15.

patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecer derechos privados de propiedad. En cambio, el concepto de dominio público se refiere a un régimen jurídico especial de bienes del Estado que son inalienables”[40].

En el siguiente cuadro graficamos las diferencias de asignar un determinado régimen jurídico a los recursos naturales:

Diferencias entre el Régimen de Dominio Eminente y Dominio Público

Dominio eminente	Dominio público
No hay propiedad sobre los recursos naturales.	Habría un régimen de propiedad, bajo el derecho administrativo, según el cual estos bienes serían inalienables, inembargables e imprescriptibles.
El Estado es soberano para fijar las reglas para su aprovechamiento sostenible.	El Estado no podría otorgar títulos que permitan su explotación.

De aprobarse este Proyecto de Ley, el Estado perdería el dominio eminencial sobre los territorios con cobertura boscosa o sin aptitud boscosa, pero con aptitud forestal, lo cual resulta expresamente proscrito por el artículo 66 de la Constitución.

Pero el Tribunal Constitucional va más allá, y prohíbe la exclusiva y particular explotación y goce del patrimonio forestal. Como dice el TC *“(...) no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce*” (STC Exp. N.° 00048-2004-AI, f.j. 29)

En esa misma dirección, el Alto Tribunal ha precisado que el Estado tiene la obligación de proteger y conservar los recursos naturales, evitando su depredación en resguardo del interés general (STC Exp. N.° 0006-2000-AI, f.j. 2).

La conclusión es clara, el patrimonio forestal, no puede ser objeto de propiedad privada por parte de las personas que pretenden realizar actividad agrícola en territorios con aptitud forestal, pues lo prohíbe el dominio eminencial que tiene el Estado respecto el patrimonio forestal.

4.4. El Proyecto de Ley al cambiar el régimen jurídico de tierras con aptitud forestal amenaza de manera cierta e inminente el derecho de todos los peruanos y peruanas a disfrutar de un ambiente equilibrado y adecuado a la vida.

Al convalidar la deforestación, este Proyecto de Ley amenaza el derecho de todos los peruanos y peruanas a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida reconocido en el artículo 2.22 de la Constitución. Igualmente, este derecho fundamental ha sido reconocido en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, como el artículo 12.2.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, debidamente suscritos y ratificados por el Estado peruano.

[40] KRESALJA ROSELLÓ, Baldo y César OCHOA CARDICH. Régimen Económico de la Constitución de 1993. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2012, p. 188. Cita por César Landa ob. Cit., p

Nos encontramos frente a un derecho directa e inmediatamente exigible frente al Estado. No constituye *«una norma carente de contenido jurídico vinculante, compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos»*[41], como se presumía cuando la Constitución era entendida como una mera *norma política*. Por el contrario, siendo además una *norma jurídica*; es decir, *«una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto»*[42], constituye un mandato ineludible, tanto para el aparato estatal (eficacia vertical) como para los particulares (eficacia horizontal). Este es el fundamento teórico del principio de supremacía normativa de la Constitución.

Acto seguido, debe delimitarse el contenido constitucional protegido de este derecho. El Tribunal Constitucional (TC), a través de su jurisprudencia[43], ha señalado que este se compone de dos elementos: a) el derecho a gozar de ese medio ambiente; y b) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En relación con el primer componente, el Tribunal Constitucional ha precisado que el derecho *«comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido»*[44].

En relación con el segundo componente de este derecho, el Tribunal hace referencia a la obligación del Estado de protegerlo en forma efectiva, en su rol de garante; así, *«[e]l derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute […] tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente»*[45].

En este contexto, la obligación del Estado no se materializa en acciones dispersas y aisladas, sino se le impone –entre otros– el deber de contar con una política pública en materia de control de la deforestación, bien diseñada y ejecutada, con el objetivo de preservar el medio ambiente y optimizar su protección frente a cualquier amenaza. Ello, igualmente, de conformidad con el artículo 67 de la Constitución, que señala: *«[e]l Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales»*.

Para el Tribunal Constitucional, este artículo *«establece la obligación perentoria del Estado de instituir la política nacional del ambiente. Ello implica un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar o promover, con el fin de preservar y conservar el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Esta política nacional -entendida como el conjunto de directivas para la acción orgánica del Estado a favor de la defensa y conservación del ambiente- debe permitir el desarrollo integral de todas las generaciones de peruanos que tienen el derecho de gozar de un ambiente adecuado para el bienestar de su existencia»*[46].

Este componente supone dos obligaciones: a) abstenerse de adoptar acciones que afecten el medio ambiente (dimensión subjetiva del derecho); y b) adoptar todas las medidas necesarias para su

[41] STC. Exp. N° 05854-2005-AA/TC, fundamento 3.
[42] *Ibídem.*
[43] STC. Exp. N° 03510-2003-AA/TC, fundamento 2.d.
[44] *Ibídem.*
[45] *Ibídem.*
[46] STC. Exp. N° 03510-2003-AA/TC, fundamento 2.f.

protección (dimensión objetiva del derecho). En relación con la primera, el Tribunal ha precisado que *«[en] su faz reaccional, el Estado asume la obligación de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten el medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana»*[47].

Sobre la segunda, el Tribunal ha señalado inteligentemente que *«[e]n su dimensión prestacional, impone al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales cabe mencionar la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Desde luego, no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención que se afecte a ese ambiente equilibrado»*[48].

Son estas precisamente las obligaciones que el Proyecto de Ley desconoce e incumple. Ahora bien, la Constitución reconoce también que el aprovechamiento económico de los recursos naturales no es incompatible con su conservación. Para ello, el Estado es responsable de promover el uso sostenible de dichos recursos, mediante la dación de una legislación y de un marco institucional adecuado[49].

En relación con este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado que el *"(...) vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, se materializa en función a los principios siguientes: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable; b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano; f) el principio precautorio, que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y, g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables".* (STC Exp. N.° 00048-2004-AI, f.j. 18).

En este caso, el Proyecto de Ley desconoce los principios de desarrollo sostenible, de conservación y de prevención. En vez de abstenerse de adoptar normas que afecten el patrimonio forestal, hace todo lo contrario, legalizar a los deforestadores. Antes que aprobar este tipo de normas, debería adoptar medidas necesarias para optimizar la protección de los bosques. Por lo tanto, desconoce e incumple lo que el ordenamiento constitucional impone al Estado en relación con sus tareas u obligaciones destinadas a conservar el patrimonio forestal.

4.5. Las obligaciones del Estado en materia de fiscalización de la deforestación

El Proyecto de Ley desconoce que el Estado tiene obligaciones no solo de abstenerse de promover la deforestación sino de fiscalizar que no ocurra. Como señala el Tribunal Constitucional, le corresponde al Estado una labor de fiscalización y control. En relación con los recursos forestales, *"Tales recursos forestales maderables, al constituir patrimonio de la Nación, requieren que el Estado procure su aprovechamiento sostenible, creando el marco jurídico que lo permita, así como los medios necesarios para controlar y supervisar las actividades de los concesionarios a quienes se les ha otorgado el uso y disfrute de dicho patrimonio*". (STC Exp. N.° 01206-2005-PA, f.j. 11).

[47] STC. Exp. N° 00018-2001-AI/TC, fundamento 10
[48] STC. Exp. N° 03510-2003-AA/TC, fundamento 2.c
[49] César Landa, ob. Cit., pág. 18.

El Estado tiene un rol de preservar, resguardar y asegurar los recursos forestales. En palabras del Alto Tribunal, *"detrás del reconocimiento de los derechos de aprovechamiento bajo la modalidad de contratos de concesión, se encuentra el deber del Estado de velar, preservar, resguardar y asegurar la subsistencia de nuestros recursos renovables, así como el de garantizar el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la Persona"*. (STC Exp. N.° 01206-2005-PA, f.j. 11)

Pero además, agrega el Tribunal que solo se puede dar la explotación forestal, en el marco del ordenamiento, *"el deber del Estado no sólo se manifiesta en resguardar que las actividades de los concesionarios* ***se hagan dentro de los parámetros previstos de acuerdo al marco jurídico preestablecido para la protección del ambiente****, sino, también en el de ejercer un control a priori, esto es, de realizar los estudios pertinentes para que, antes de q e se realicen las actividades que puedan afectar el medio ambiente, se tenga cierto grado de certeza sobre las consecuencias que dicha actividad pueda ocasionar. Sólo de esta manera se podrán adoptar medidas destinadas a evitar el daño o, en todo caso, de hacerlo tolerable"*. (STC Exp. N.° 01206-2005-PA, f.j. 11) (Resaltado nuestro)

Para la Corte IDH, esta obligación de fiscalizar es parte del contenido de la obligación de prevenir las violaciones al derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida. Nos referimos a la Opinión Consultiva N.° 023/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (OC-23) de fecha 15 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Colombia, que aborda los temas medio ambiente y derechos humanos.[50]

Haciendo un paréntesis, es relevante desarrollar brevemente la fuerza normativa de la OC-023/17. Al respecto, debemos decir que no solo encontramos normas de cumplimiento obligatorio en los tratados internacionales de derechos humanos, sino que también encontramos estas en la jurisprudencia de la Corte IDH. En el caso de las reglas desarrolladas en los tratados se llaman normas directamente estatuidas. Respecto a las reglas desarrolladas en las sentencias y en las opiniones consultivas de la Corte IDH, hallamos un conjunto de pronunciamientos que constituyen reglas de cumplimiento obligatorio. A estas últimas se le denominan normas convencionales adscritas, como muy bien los explica Castillo Córdova. Es así que encontraremos un conjunto de reglas sobre el derecho a un medio ambiente en la Opinión Consultiva de la Corte IDH 023 del Año 2017.

Esto es posible, en atención a que las opiniones consultivas de la Corte IDH también son vinculantes al igual que las sentencias de la Corte IDH, como lo ha reconocido ella misma. Y ello es así porque la Corte IDH ha reconocido que las reglas contenidas en una opinión consultiva son reglas que deben ser tenidas en cuenta en el control de convencionalidad. En palabras de la Corte: "*Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"*[51]. En palabras de Castillo Córdova, *"La Corte IDH tiene atribuida una doble función con las competencias respectivas: una función contenciosa y otra consultiva. En ejercicio de ambas funciones la Corte IDH puede crear normas convencionales, porque en ejercicio de ambas competencias interpreta vinculantemente a la Convención americana sobre derechos humanos"*[52].

En cuanto a la naturaleza jurídica de las reglas desarrolladas por la Corte IDH, para Castillo Córdova, estas constituyen normas adscritas de origen convencional. *"Junto a las normas*

[50] https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
[51] Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 2115, párrafo 31.
[52] Luis Castillo Córdova, Estudio Introductorio, en: Gustavo Zagrabelsky y otros, Manual de Derecho Constitucional, Zela, Lima 2020, pág. 91

convencionales directamente estatuidas se encuentran las normas convencionales adscriptas a ellas. Las normas convencionales adscriptas pueden ser definidas como el conjunto de interpretaciones vinculantes que del tratado o convención sobre derechos humanos ha formulado el órgano o tribunal internacional creado para su defensa y aseguramiento. Tales interpretaciones deberán ser consideradas como normas también por las dos razones arriba mostradas para justificar a la norma constitucional adscripta: la primera es el carácter vinculante de la interpretación del tratado o convención sobre derechos humanos, el cual le viene dado porque es una interpretación formulada por el órgano internacional en ejercicio de la función de protección del tratado encargada por el Legislador convencional; y la segunda es que esa interpretación vinculante está destinada a concretar la norma convencional directamente estatuida, por lo que comparte la naturaleza normativa del objeto concretado. Las normas convencionales creadas por el órgano o tribunal internacional nacen al derecho convencional adheridas a la norma convencional directamente estatuida a la que concretan y, consecuentemente, comparten su valor, ambas son derecho convencional, y comparten también su destino, viajan adheridas a las normas convencionales directamente estatuidas allá a donde éstas vayan o se encuentren, e ingresan junto a ellas a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales que correspondan"[53].

Entre las obligaciones del Estado en materia de protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida tenemos:

i. La obligación de respeto del medio ambiente

En relación con la obligación de respeto del derecho a vivir en un ambiente sano, la Corte IDH ha señalado que *"los Estados deben abstenerse de (i) cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros, y de (ii) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación"*. (OC 023 del 2017, párrafo 117).

ii. La obligación de garantía del medio ambiente

De otro lado, la obligación de garantía *"implica que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad"*[54]. Para la Corte IDH, *"la obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos"*[55]. Añade la Corte que *"Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales"*[56].

En el presente caso, se aplican ambas obligaciones. El Congreso al aprobar la insistencia, a pesar del alto riesgo que genera, viola la obligación de abstenerse de violar el medio ambiente. Pero

---

[53] Luis Castillo Córdova, Estudio Introductorio, en: Gustavo Zagrabelsky y otros, Manual de Derecho Constitucional, Zela, Lima 2020, pág. 90.
[54] Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra, párr. 144, y Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 118.
[55] Cfr. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, supra, párr. 144, y Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 118.
[56] Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párr. 175; Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, supra, párr. 252, y Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, supra, párrs. 221 y 222.

también, viola la obligación de garantía, pues no previene ni garantiza la violación por parte de un particular.

a. Las obligaciones del Estado que concretan la obligación de prevenir violaciones a los derechos humanos

Para la Corte IDH, *"existen ciertas actividades que entrañan riesgos significativos para la salud de las personas y, por lo tanto, los Estados están en la obligación de regularlas de manera específica y que dicha regulación incluya mecanismos de supervisión y fiscalización"*. (OC-023/17, párrafo 141). Además, insiste en la obligación del Estado de usar todos los medios para prevenir daños al medio ambiente.

> *"De igual manera, en virtud del deber de prevención en derecho ambiental, los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al medio ambiente. Esta obligación debe cumplirse bajo un estándar de debida diligencia, el cual debe ser el apropiado y proporcional al grado de riesgo de daño ambiental. De esta forma, las medidas que un Estado deba adoptar para la conservación de ecosistemas frágiles serán mayores y distintas a las que corresponda adoptar frente al riesgo de daño ambiental de otros componentes del medio ambiente. Asimismo, las medidas para cumplir con este estándar puede variar con el tiempo, por ejemplo, en base a descubrimientos científicos o nuevas tecnologías. No obstante, la existencia de esta obligación no depende del nivel de desarrollo, es decir, la obligación de prevención aplica por igual a Estados desarrollados como a aquellos en vías de desarrollo".* (OC-023/17, párrafo 142)

La obligación del Estado de prevenir las violaciones al medio ambiente se concreta en obligaciones específicas de los Estados, entre las que se encuentran los deberes de: i) regular; ii) supervisar y fiscalizar; iii) requerir y aprobar estudios de impacto ambiental; iv) establecer un plan de contingencia, y v) mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental. (OC-023/17, párrafo 145)

i. La obligación de regular

En relación con la obligación de regular, es decir, el deber del Estado de regulación, la Corte IDH fundamenta esta obligación en el artículo 2 de la CADH, que obliga a los Estados a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicho tratado, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. En este sentido, *"la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica". (OC 023 de 2017, párrafo 146).* Añade la Corte que *"Dada la relación entre la protección del medio ambiente y los derechos humanos […], los Estados deben regular esta materia y adoptar otras medidas similares para prevenir daños significativos al medio ambiente"*. (OC-023/17, párrafo 147)

Y en relación con qué debe regular, la Corte IDH precisa que el Estado *"deben regular las concesiones, el establecimiento, la forma en que operan, la seguridad y la supervisión de la actividad, así como hacer obligatorio para todos los interesados la adopción de medidas prácticas para garantizar la protección efectiva de las personas en peligro de ser afectadas por los riesgos inherentes de la actividad. Asimismo, la normativa pertinente debe prever procedimientos adecuados, teniendo en cuenta los aspectos técnicos de la actividad en cuestión, para identificar las deficiencias en los procesos en cuestión y cualquier error cometido por los responsables a diferentes niveles"***.** *(*OC-023/17, párrafo 148)

Asimismo, la Corte IDH establece que el Estado debe regular las actividades que puedan causar daño. Precisa que *"los Estados, tomando en cuenta el nivel de riesgo existente, deben regular las actividades que puedan causar un daño significativo al medio ambiente, de manera que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal". (*OC-023/17, párrafo 149)

ii. La obligación de supervisar y fiscalizar

De otro lado, la Corte IDH hace mención al deber de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades que puedan afectar el medio ambiente. Para la Corte IDH, *"los Estados tienen un deber de supervisar y fiscalizar actividades, bajo su jurisdicción, que puedan producir un daño significativo al medio ambiente. Por tanto, los Estados deben desarrollar y poner en práctica mecanismos adecuados e independientes de supervisión y rendición de cuentas. Estos mecanismos no solo deben incluir medidas preventivas, sino también aquellas apropiadas para investigar, sancionar y reparar posibles abusos, mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El nivel intensidad necesario en la supervisión y fiscalización dependerá del nivel de riesgo que entrañe la actividad o conducta".* (OC-023/17, párrafo 154)

iii. Deber de mitigar en casos de ocurrencia de daño ambiental

Este es una de las reglas más interesantes y exigentes en un contexto de abundantes pasivos ambientales dejados por la realización de actividades extractivas irresponsables. La Corte IDH reconoce en primer lugar una obligación general. Precisa que: *"En caso de ocurrencia de un daño ambiental el Estado debe mitigar el daño ambiental significativo. Incluso si el incidente ocurre a pesar de haberse tomado todas las medidas preventivas del caso, el Estado de origen debe asegurarse que se tomen las medidas apropiadas para mitigar el daño, y debe, para esto, utilizar la mejor tecnología y ciencia Disponible".* (OC-023/17, párrafo 172)

La Corte IDH no se queda en afirmaciones principistas, sino que vas más allá, y exige acciones concretas en casos de contaminación del medio ambiente, incluso señala que *"Las medidas, se deben tomar inmediatamente, incluso si se desconoce cuál es el origen de la contaminación".* (OC-023/17, párrafo 172)

La Corte IDH enumera una lista de acciones que no es cerrada. Según ella, *"algunas de las medidas que deben tomar los Estados son: (i) limpieza y restauración dentro de la jurisdicción del Estado de origen; (ii) contener el ámbito geográfico del daño y prevenir, de ser posible, que afecte otros Estados; (iii) recabar toda la información necesaria del incidente y el peligro de daño existente; (iv) en casos de emergencia respecto a una actividad que puede producir un daño significativo al medio ambiente de otro Estado, el Estado de origen debe, sin demora y de la forma más rápida posible a su disposición, notificar al Estado que posiblemente se vea afectado por el daño […]; (v) una vez notificados, los Estados afectados o potencialmente afectados deben tomar todas las medidas posibles para mitigar y de ser posible eliminar las consecuencias del daño, y (vi) en caso de emergencia, además se debe informar a las personas que puedan resultar afectadas".*

Son estas las obligaciones que el Congreso viene incumpliendo, promoviendo en su lugar la deforestación.

4.6. Todos somos afectados por este Proyecto de Ley pues el derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado es difuso.

En este caso nos encontramos ante un interés difuso. El artículo 82 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, establece que deberá entenderse por interés difuso aquel «cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes

de estimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente». Intereses difusos entonces, son aquellos intereses de relevancia constitucional, dignos de tutela, cuyos titularidad no es delimitable e identificable, sino que es indeterminable, es decir, *"son aquellos intereses pertenecientes a un grupo de personas absolutamente indeterminadas entre las cuales no existe vínculo jurídico alguno, sino que más bien se encuentran ligadas por circunstancias de hecho genéricas, contingentes, accidentales y mutables, como habitar en una misma región, ser consumidores de un mismo producto, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc."*[57]. Siguiendo a Giovanni Priori, podemos decir que *"el concepto de interés difuso tiene su esencia en el hecho de pertenecer a un conjunto indeterminado de sujetos, de manera tal que cualquier afectación al derecho que corresponde a ese interés se entenderá como una afectación al grupo"*[58].

En definitiva, *"Lo que hace difuso al interés es entonces la imposibilidad de determinar a sus titulares (criterio subjetivo) y la naturaleza del bien necesario para que ese grupo indeterminado pueda satisfacer sus necesidades (criterio objetivo). Pero esta consideración no implica que nos hallemos frente a un interés débil o abstracto, todo lo contrario, nos hallamos frente a un interés concreto, pleno; que, en consecuencia, es merecedor de tutela'"*[59].

4.7. Impacto del Proyecto de Ley en el derecho de todos los peruanos a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida

El artículo 4º incisos b. y f. de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre (Ley N.º 29763) establece claramente que los recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente y las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección con bosques o sin ellos, integran el Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre de la Nación. Esto se desprende indubitablemente de su redacción:

> *Artículo 4. Patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación El patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación está constituido por lo siguiente:*
> *a. Los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.*
> ***b. Los recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente.***
> *c. La diversidad biológica forestal y de fauna silvestre, incluyendo sus recursos genéticos asociados.*
> *d. Los bosques plantados en tierras del Estado. e. Los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.*
> ***f. Las tierras de capacidad de uso mayor forestal y tierras de capacidad de uso mayor para protección, con bosques o sin ellos.***
> *g. Los paisajes de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre en tanto sean objeto de aprovechamiento económico.*
> *Las plantaciones forestales en predios privados y comunales y sus productos se consideran recursos forestales, pero no son parte del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación. (resaltado nuestro)*

La consecuencia es clara, no pueden ser utilizados para actividad agrícolas, con fines agropecuarios u otras actividades que afecten la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación del recurso forestal. Tal como observamos en el artículo 5 de la Ley Forestal y de Fauna Silvestre:

> *Artículo 5. Recursos forestales*

[57] Gorki Gonzales Mantilla. Las acciones de interés público. Informe realizado en el marco del Proyecto «Acciones de interés público: Estudio e intercambio de experiencias y análisis de las oportunidades que presentan para su profundización democrática en cuatro países de América Latina». Lima, marzo de 1996. pp. ll-12.
[58] Giovanni Priori. La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15709/16145
[59] Ibídem.

Son recursos forestales, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional, los siguientes:
a. Los bosques naturales.
b. Las plantaciones forestales.
c. Las tierras cuya capacidad de uso mayor sea forestal y para protección, con o sin cobertura arbórea.
d. Los demás componentes silvestres de la flora terrestre y acuática emergente, incluyendo su diversidad genética

En definitiva, lo que pretende el Proyecto de Ley es habilitar actividades agrícolas en territorios con aptitud forestal. Como señala Lucila Pautrat en la demanda de amparo[60] presentada contra el dictamen de agricultura, *"es indudable que los Bosques amazónicos y las tierras cuya capacidad de uso mayor sea forestal y para protección con o sin cobertura arbórea, al constituir recursos forestales conforme a los incisos a. y c. del Artículo 5º de la Ley Nº 29763, NO puede ser arrasados ni perjudicados por actividades agrícolas o de cualquier otra índole ajenas o diferentes a actividades forestales y tampoco se puede incentivar el inicio o la formalización de dichas actividades agrícolas; máxime cuando el propio ordenamiento jurídico vigente identifica estas actividades como infracción a la legislación forestal y como delitos ambientales"*[61].

De igual manera, el Proyecto de Ley pretende la eliminación de la clasificación de tierras y la prohibición de cambio de uso, exigida por el artículo 38 de la Ley Forestal y Fauna Silvestre, redactado de la siguiente manera:

"Artículo 38. Uso de tierras de capacidad de uso mayor para cultivo en limpio o cultivos permanentes con cobertura forestal actual
Cuando exista cobertura boscosa en tierras de dominio público técnicamente clasificadas como de capacidad de uso mayor para cultivo en limpio o cultivos permanentes, según el Reglamento de ***Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor****,* ***el Serfor puede autorizar su cambio de uso actual a fines agropecuarios, respetando la zonificación ecológico-económica,*** *de nivel medio o superior,* ***aprobada por el gobierno regional o gobierno local correspondiente, y previa opinión vinculante del Ministerio del Ambiente de acuerdo al procedimiento administrativo que aprueben ambas autoridades para tal fin".***
Autorizado el cambio de uso actual para realizar el retiro de la cobertura boscosa, se procede según lo establecido en el artículo referido a desbosque en lo que corresponda.
En los casos de predios privados cuya cobertura vegetal actual contenga masa boscosa, el cambio de uso requiere autorización de la autoridad regional forestal y de fauna silvestre sustentado en un estudio técnico de microzonificación.
En todos los casos, en cada predio o unidad productiva se reserva un mínimo del treinta por ciento de la masa boscosa existente en tierras de aptitud agrícola, además de la obligación de mantener la vegetación ribereña o de protección". (Resaltado nuestro)

Lo que se busca en realidad con el Proyecto de Ley es la eliminación de las dos exigencias básicas: Clasificación de Tierras por su Capacidad de Uso Mayor y el cambio de uso de tierras. Y esto, en palabras de Lucila Pautrat va a generar "*la legalización y/o la formalización de actividades desarrolladas de manera ilícita, tales como, cambio de uso de la tierra, tala ilegal, deforestación, desbosque, usurpación de tierras, invasiones, ampliaciones de fronteras agrícolas, plantaciones ilícitas, entre otras que, con su realización afectarían el Patrimonio Forestal y de Fauna Silvestre conformado por los Bosques Amazónicos y las tierras forestales ya que fueron desarrolladas sin autorización alguna emitida por autoridad competente como el Ministerio de Desarrollo Agrario*

[60] La demanda constitucional de amparo presentada por Lucila Pautrat contra este proyecto de ley, y que se tramita en el expediente: 05654-2022-0-1801-JR-DC-03 ante el 3º Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.
[61] Ver demanda de Kene, https://keneamazon.net/Documents/Demanda-Amparo-Autografa/CARGO-DE-DEMANDA-DE-AMPARO-PAUTRAT.pdf?_ga=2.93444701.1553408669.1669744546-1875956849.1668208059

y Riego – MIDAGRI, el Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre - SERFOR ni las Autoridades Regionales Forestales y de Fauna Silvestre - ARFFS (incluyendo las Autoridades Técnicas Forestales y de Fauna Silvestre - ATFFS), según la competencia de cada una de estas entidades; es decir, sin tomar en consideración criterios técnicos que permitan garantizar que la ejecución de las actividades no afecten el uso adecuado de la tierra"[62].

Asimismo, se pretende la impunidad en materia penal de las personas que han deforestado bosques. Como sabemos las normas no son retroactivas sal que beneficien al reo, de conformidad con el artículo 103 de la Constitución:

> *"Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas.* ***La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo****. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".*

De aprobarse la Disposición Complementaria Final Única de la Autógrafa de la Ley que modifica la Ley N.° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre y las disposiciones complementarias orientadas a promover la zonificación forestal, todas las investigaciones policiales, fiscales y los procesos judiciales penales serían archivados generándose una impunidad de los deforestadores. Como señal Pautrat, *"se generaría la total impunidad de las conductas irregulares realizadas por las personas naturales y jurídicas, tanto en el ámbito administrativo -instaurados por el MIDAGRI, ARFFS/ATFFS- así como a las investigaciones penales seguidas por el Ministerio Público, a través de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMA), por la comisión de delitos ambientales en la modalidad de delitos contra los recursos naturales y a través de las Fiscalías Especializadas en Criminalidad Organizada, por la comisión de delitos cometidos por organizaciones criminales"*[63].

Finalmente, y lo que es peor, se convalida la deforestación**.** La aprobación del Proyecto de Ley permitirá *"por un lado es la convalidación inconstitucional de la deforestación de un total 2´636,585 Hectáreas de bosques en el Perú que se produjo desde el año 2001 al 2020 conforme lo informó el Monitoreo del Programa Nacional de Bosques del Ministerio del Ambiente y; asimismo, lo que va a generar en adelante es una mayor y masiva deforestación de los bosques amazónicos a manos no sólo de propietarios de predios privados, sino también de los poseedores, quienes actualmente no pueden talar los bosques si es que previamente no cuentan con la aprobación de la Clasificación de Tierras por su capacidad de uso mayor y con la autorización de cambio de uso para realizar el retiro de la cobertura boscosa*"[64].

4.8. Proyecto de Ley desconoce el principio de desarrollo sostenible y el subprincipio de equidad intergeneracional

El principio de desarrollo *sostenible* o *sustentable* parte, por primera vez, del Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, creada mediante la Resolución 38/161 de las Naciones Unidas. El informe, publicado en 1987 y conocido como el *Informe Bruntland*, es enfático en conceptuarla como *«asegurar que [el desarrollo] satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias»*[65]; para esto, considera necesario imponer limitaciones a los recursos

[62] Ibídem.
[63] Ibídem.
[64] Ibídem.
[65] Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, aprobado por Asamblea General con fecha 4/8/1987, párr. 27.

naturales[66]. Tiempo después, en 1992, la la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo proclamó principios relativos a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible[67].

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que el desarrollo sostenible *«requiere de la responsabilidad social: ello implica la generación de actitudes y comportamientos de los agentes económicos y el establecimiento de políticas de promoción y el desarrollo de actividades que, en función del aprovechamiento o uso de los bienes ambientales, procuren el bien común y el bienestar general»*[68]. Además, esta responsabilidad social *«debe implicar el mantenimiento de un enfoque preventivo que favorezca su conservación; el fomento de iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental; el fomento de inversiones en pro de las comunidades afincadas en el área de explotación; la búsqueda del desarrollo y la difusión de tecnologías compatibles con la conservación del ambiente, entre otras»*[69].

Con relación al principio de desarrollo sostenible y su relacionamiento con la Constitución ecológica, el Tribunal, en el caso Cordillera Escalera, ha señalado:

> *[U]na interpretación sistemática del artículo 2°, inciso 22), y de los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, se concluye que una manifestación concreta del derecho de toda persona a disfrutar de un entorno ambiental idóneo para el desarrollo de su existencia es el reconocimiento de que los recursos naturales -especialmente los no renovables-, en tanto patrimonio de la Nación,* ***deben ser objeto de un aprovechamiento razonable y sostenible, y que los beneficios resultantes de tal aprovechamiento deben ser a favor de la colectividad en general, correspondiendo al Estado el deber de promover las políticas adecuadas a tal efecto*** [resaltado nuestro].

De tal forma, es posible encontrar tres elementos o subprincipios dentro del principio de desarrollo sostenible, a decir de Max Soto: a) la equidad intergeneracional; b) el uso sostenible de los recursos naturales; y c) la integración del medio ambiente y desarrollo[70]. Sobre la equidad intergeneracional, señala:

> *[E]s la responsabilidad de cada generación de dejar a las nuevas generaciones una herencia de riquezas que no sea menos que lo que ellas mismas heredaron. La generación actual tiene la responsabilidad de administrar el cuidado de los recursos naturales para las nuevas generaciones. Tanto los primeros tratados en el tema como los tratados más recientes se refieren a este principio.*

Sobre el uso sostenible de los recursos naturales, señala:

> *Si bien se ha intentado definir el principio del uso sostenible de los recursos naturales, no existe una definición general. Se usan términos tales como: apropiado, uso prudente, explotación sensata, gestión ambientalmente sana, ecológicamente sana y utilización racional, intercambiándose sin definiciones.*

Sobre la integración del medio ambiente y desarrollo, señala:

---

[66] *Ibídem.*

[67] Al respecto, el principio 2 exige a los Estados que asuman la responsabilidad por los daños que pueda causar el aprovechamiento soberano de sus recursos. El principio 3 consagra la necesidad de garantizar un desarrollo sostenible. Los principios 11, 13 y 15 exigen a los Estados establecer legislaciones adecuadas a la protección del ambiente, incluyendo la prevención, sanción e indemnización. El principio 22 establece la trascendencia del rol que desempeñan los pueblos indígenas en la conservación del medio ambiente donde habitan.

[68] STC. Exp. N° 00048-2004-AI/TC, fundamento 22.

[69] *Ibid.*, fundamento 26.

[70] Soto, Max (1996). *Principios Generales del Derecho Ambiental Internacional*. En: ILSA Journal of International & Comparative Law, Vol. 3, p. 428.

A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. Por lo tanto, al poner en práctica las obligaciones ambientales, es necesario tener en cuenta el desarrollo económico y social y viceversa.

Finalmente, el principio ha sido contemplado en la Ley General del Ambiente como «principio de sostenibilidad», sobre el cual el TC ha señalado que se trata de:

"una pauta básica para que la gestión humana sea capaz de generar una mayor calidad y condiciones de vida en beneficio de la población actual, pero manteniendo la potencialidad del ambiente para satisfacer las necesidades y las aspiraciones de vida de las generaciones futuras. Por ende, propugna que la utilización de los bienes ambientales para el consumo no se "financien" incurriendo en "deudas" sociales para el porvenir"[71].

En conclusión, no solo estamos acabando con el patrimonio forestal, sino que estamos privando a nuestros hijos e hijas de disfrutar de este.

4.9. Promover la deforestación resulta incompatible con el principio ambiental de prevenir la violación al medio ambiente y con la obligación del Estado de prevenir las violaciones de derechos humanos

El ordenamiento jurídico regula también el principio ambiental de prevención (preventivo). Según el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, la gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios «prevenir, vigilar, y evitar la degradación ambiental».

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido con relación al principio de prevención:

es ineludible el deber del Estado de prevenir adecuadamente los riesgos ante los cuales se encuentra el ecosistema, así como los daños que se pueden causar al ambiente como consecuencia de la intervención humana, en especial en la realización de una actividad económica. Más aún, el principio de prevención obliga al Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que tengan como fin evaluar los posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente[72].

Es importante advertir que este exige se adopten medidas para neutralizar un daño ambiental cuando exista un riesgo y este se conozca anticipadamente. En el presente caso, opera el principio de prevención, pues se conoce largamente la naturaleza de la deforestación en el Perú y sus efectos perniciosos en el mediano y largo plazo. Existe sólida evidencia científica que permite advertir los peligros para el medio ambiente en el Perú en el futuro. Es por ello que, en virtud de este principio, el Estado debe optimizar sus herramientas de gestión pública para ofrecer soluciones reales y resolver el problema de fondo.

Pero además del principio constitucional ambiental, tenemos la obligación general de los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos en general. En efecto, los Estados no solo deben abstenerse de violar derechos fundamentales, deben además prevenir aquellas violaciones que sean graves, según su desarrollo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Estado peruano, en su condición de Estado parte de la Convención Americana, tienen un *deber objetivo* de proteger los derechos humanos de las personas frente a hechos cometidos por terceros. En especial, cuando conoce de riesgos reales e inmediatos de vulneraciones a sus derechos.

El primer fundamento de esta obligación, que se traduce en una garantía subjetiva, está en la jurisprudencia de la Corte IDH, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez contra Honduras

[71] STC. Exp. N° 00048-2004-PI/TC, fundamento 19.
[72] STC. Exp. N° 01206-2005-AA/TC, fundamento 10.

(fundamento 166). En ella, se establece la obligación estatal de *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual implica el deber de *«organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos»*. Añade que, en consecuencia, los Estados asumen cuatro obligaciones para con la vigencia de los derechos fundamentales: prevenir, investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos[73].

Este deber de prevención también ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Corte Europea ha adoptado al respecto decisiones donde algunos criterios específicos para definirlo. Así, en el caso Osman contra Reino Unido, se estableció una aproximación cautelosa para definir el deber de prevención mencionando:

> *Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas en las sociedades modernas, para la Corte, la impredictibilidad de la conducta humana y las opciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de las prioridades y los recursos disponibles, esa obligación positiva debe ser interpretada de forma que no imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. […] En opinión de la Corte, cuando haya un alegato de que las autoridades han violado su obligación positiva de proteger los derechos humanos […] debe ser establecido con claridad que al momento de los hechos las autoridades sabían, o debían haber sabido, de la existencia de un riesgo real e inmediato para los derechos de un individuo o individuos identificados de ser víctimas de actos de terceros, y que tales autoridades no tomaron las medidas dentro del alcance de sus atribuciones que, apreciadas razonablemente, podían esperarse para evitar dicho riesgo*[74].

Por su lado, la Corte IDH de igual manera, ha precisado criterios jurisprudenciales sobre el deber de prevención frente actuaciones de terceros. Para la Corte, el Estado se encuentra en la obligación de prevenir *razonablemente* las violaciones de los derechos humanos[75]. De igual manera, en el caso de la Masacre de Pueblo Bello afirma que las obligaciones convencionales de los estados no implican una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto proveniente de particulares, sino de aquellas condicionadas «al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo»[76].

La deforestación progresiva de la Amazonía peruana significa una violación masiva del derecho a gozar de un medio ambiente sano de todos los peruanos, en particular, y de la ciudadanía nacional, en general. Como tal, es imputable al Estado, pues este no ha tomado las medidas suficientes para paliar el problema. Es decir, aunque no sea el responsable directo de la deforestación, es responsable por omitir tomar acciones eficaces de protección a la Amazonía peruana. Ello, de conformidad con la *doctrina del riesgo previsible y evitable*.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la ha desarrollado en su jurisprudencia vinculante, para el análisis e imputación de responsabilidad al Estado en razón de graves violaciones de derechos humanos cometidos por particulares. Ciertamente, no toda violación de derechos humanos cometida por particulares puede ser imputable al Estado; esto solo será posible cuando se logre acreditar el cumplimiento de determinados requisitos.

[73] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 166.
[74] TEDH. Case of Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083) Judgment Strasbourg, 28 October 1998, par. 116.
[75] Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 174.
[76] Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero del 2006, párr. 123.

Este criterio de imputación ha sido desarrollado por la Corte Interamericana a partir del caso Campo Algodonero[77]. Según Víctor Abramovich, *«desarrolla la idea de un deber estatal de debida diligencia para la protección de los derechos frente a ciertas situaciones de riesgo para su ejercicio», en ese sentido, «no se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares en su jurisdicción»*[78].

El deber estatal de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado según la Corte IDH, por *el «conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar este riesgo»*[79]. Es decir, solo aquellas en que se cumpla algunos de estos criterios impondrá al Estado la obligación de adoptar medidas operativas para la prevención del riesgo[80].

Siguiendo a Abramovich, la doctrina del riesgo previsible y evitable requiere la identificación de cuatro requisitos:

a. **Situación de riesgo real o inmediato que amenace derechos y que surja de la acción o las prácticas de particulares:** Se exige la existencia de una situación de hecho que genere una amenaza concreta, cierta e inminente, a los derechos convencionales de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado. Abramovich hace un apunte importante, pues exige que el riesgo *«no sea meramente hipotético o eventual y además que no sea remoto, sino que tenga posibilidad cierta de materializarse en lo inmediato»*[81].

b. **La situación de riesgo amenace a un individuo o a un grupo determinado, es decir, que exista un riesgo particularizado**: No se trata de un riesgo general que amenace a un grupo indeterminado de personas, no precisadas o identificadas. Por el contrario, exige la individualización, en cierto grado razonable, de las víctimas. Abramovich sostiene que nos encontramos ante *«un requisito más estricto que la sola existencia de un riesgo general o una situación extendida de inseguridad que afecta al conjunto de la comunidad»*[82].

c. **Que el Estado conozca el riesgo o hubiera debido razonablemente conocerlo o preverlo:** Para esto, debe observarse dos variables: la evidencia que determina si las agencias estatales han obtenido información sobre la situación de riesgo y su propia previsibilidad. Esta última, señala Abramovich, supone la posibilidad de establecer «cierta presunción de conocimiento de ese riesgo a partir de las circunstancias del caso, y que está muchas veces asociada al rol de vigilancia o monitoreo que la propia Convención o la CBDP [Convención Belem do Pará] impone al Estado, como también con las características del riesgo»[83].

   Existe, entonces, una doble obligación, de producción de información y de seguimiento a determinadas problemáticas de grupos sociales desaventajados. Así, a juicio de Abramovich, *«los Estados tienen el deber impuesto por la Convención y por otros tratados y normas internas, de producir información y hacer seguimiento de la situación de violencia que sufren algunos grupos sociales y sectores de la población […] de modo que no puede admitirse como excusa el desconocimiento de situaciones de violencia en*

[77] Abramovich, Víctor (2017). *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso "Campo Algodonero" en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [en línea]. Consultado el 12/5/17. Disponible en: http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/27.pdf
[78] *Ibid*., pp. 173 y 174.
[79] *Ibid., p*. 174.
[80] Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de enero del 2006, párr. 123 y 124.
[81] Abramovich, *op. cit.,* p. 174.
[82] *Ibidem.*
[83] *Ibidem.*

estos casos»[84]. Pero, además, el autor argentino llama la atención sobre la existencia de riesgos previsibles: *«existen riesgos que son previsibles por su envergadura, por su extensión en el tiempo, porque obedecen a prácticas, por o patrones sistemáticos que hacen imposible su desconocimiento por la autoridad estatal*»[85].

d. **Que el Estado pueda razonablemente prevenir o evitar la materialización del riesgo:** Al respecto, es necesario que el Estado tenga oportunidad real de prevenir el riesgo o, cuando no sea posible, de adoptar medidas para evitar que este se materialice. Así lo reconoce también Abramovich, que señala con relación a la primera variable: "*La posibilidad del Estado de evitar la consumación del riesgo es un elemento conflictivo del estándar. Muchas veces la dificultad de actuar deriva del incumplimiento de obligaciones impuestas por la Convención, que imponen al Estado una posición de garante de derechos frente a ese tipo de riesgo, por ejemplo, la falta de adecuación legislativa en materia de discriminación racial o violencia de género, o la ineficacia de los sistemas remediales en la administración de justicia que el Estado debe disponer como tutela judicial efectiva. Es razonable afirmar que el Estado no podrá invocar la imposibilidad de prevenir la consumación de un riesgo, si ha contribuido a ello por no adoptar medidas de garantía que la propia Convención establecía*[86].

Asimismo, el autor argentino indica con relación a la segunda variable:

> *Este último elemento se refiere tanto a las características de los factores de riesgo que se presentan, como a las capacidades operativas de los agentes públicos que podían actuar en ese escenario determinado. A su vez, las capacidades operativas no corresponden sólo a la situación subjetiva de los agentes frente a la situación particular, sino que pueden estar a su vez condicionadas por aspectos más generales que suelen determinar la idoneidad de las respuestas estatales, tales como la insuficiencia del sistema legal, o el déficit de las políticas públicas, o la debilidad de las agencias competentes*[87].

Entonces, cuando en un caso concreto se identifique la concurrencia de estos cuatro requisitos, podrá imputarse responsabilidad al Estado por la violación de derechos convencionales, con las consecuencias que esto conlleva.

En el caso concreto, la deforestación progresiva de la Amazonía representa una situación de riesgo real e inmediato, pues ha sido comprobada científicamente y sus primeros efectos ya son posibles de percibir y medir en el ambiente. Esta situación amenaza gravemente los derechos de todos los peruanos y peruanas y es resultado de la acción de agentes particulares (en situación de legalidad e ilegalidad) que operan en el territorio amazónico. El Proyecto de Ley contribuiría a la deforestación y destrucción de la Amazonía.

Igualmente, existen posibilidades razonables de prevenir y evitar los riesgos, mediante la modificación y optimización de las políticas públicas en materia ambiente y forestal, que conlleven a la reducción de la deforestación neta en la Amazonía peruana a cero, y el incremento de la capacidad estatal de fiscalización y sanción de infracciones y delitos ambientales. Por otro lado, el Estado conoce de cerca las situaciones de riesgo descritas en cinco departamentos amazónicos, al punto de haberlas documentado y recolectado abundante información sobre las mismas, pero no ha tomado acción eficiente a la fecha. El Ministerio del Ambiente, como ejemplo, es técnicamente capaz de monitorear la deforestación en tiempo real –gracias a capturas satelitales–, pero no puede intervenir en las zonas degradadas con personal policial y fiscal. Por último, los casos descritos pudieron ser evitados con políticas públicas más eficientes y mayor acción de fiscalización en campo. En vez de realizar estas medidas, legisla en favor de la

[84] *Ibidem.*
[85] *Ibidem.*
[86] *Ibidem.*
[87] *Ibidem.*

deforestación al prescindir de requisitos esenciales para la realización de proyectos extractivos que afectarán gravemente el ambiente, así como el dominio eminencial del Estado de los suelos con aptitud forestal. Los riesgos, en dicho supuesto, serían menores en cantidad y gravedad.

5. OTRAS CONSIDERACIONES

5.1. El principio constitucional de abuso del derecho como límite al ejercicio de la autonomía privada y a la libertad de empresa de los que pretenden realizar actividades agrícolas en territorios forestales

Tal como hemos visto, si bien las personas que pretenden ser beneficiadas por este Proyecto de Ley, prima facie, aparentemente, cuentan con cobertura normativa constitucional y legal, cuando invocan que este proyecto busca promover su libertad de empresa. No obstante, este derecho viene siendo utilizado para violar el derecho de todos los peruanos y peruanas a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida, y en el derecho de los pueblos indígenas al territorio y a la consulta previa, lo que constituye un abuso del derecho.

Se entiende el abuso del derecho como un acto *"en principio licito, pero que por una laguna especifica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social"*[88]. Tal calificación, debe realizarla el juez aplicando los métodos de integración. En definitiva, *"el abuso del derecho es una institución válida en sí misma, que tiene un lugar intermedio entre las conductas licitas y expresadamente ilícitas"*[89].

El abuso del derecho ha sido reconocido en la última parte del artículo 103 de la Constitución. Según esta regla, ni los poderes del Estado ni los particulares pueden, justificándose en el ejercicio de un derecho fundamental, violar, restringir injustificadamente otro derecho fundamental. En efecto, esta figura ocurre cuando se ejercen los derechos fundamentales "*en sentido opuesto a su propio destino o contenido"*[90].

El acto abusivo es un acto ilícito debido a la trasgresión de un deber jurídico, derivado de una prohibición genérica: *"el acto abusivo, que se sustenta originariamente en un derecho subjetivo, es un acto ilícito en la medida en que, a través de una conducta antisocial –o una omisión de la misma naturaleza-, se transgrede un genérico deber jurídico recogido normativamente por el ordenamiento positivo y que, como tal, se halla presente en todas las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial. La ilicitud del acto abusivo es específica, sui generis, por lo que se aparta de las reglas de la responsabilidad para constituir una figura autónoma*[91]*".*

La conclusión es evidente, el ejercicio de un derecho no debe exceder el uso normal del mismo, de modo que resulte antisocial o excesivo, resultando de ese ejercicio, daños para terceras personas. Esto es lo que ocurre con el Proyecto de Ley precisamente.

El acto abusivo *"significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui generis, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho"*[92.]

---

[88] RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. 8ª Ed. Fondo Editorial de la PUCP; Lima, 2001. p.36.
[89] Ibídem. Pág. 32.
[90] VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho civil. De las obligaciones. Bogotá, Ed. Temis, t. III, 9ª ed,. 1998, p. 304.
[91] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pp. 139.
[92] Ibídem, pág. 143.

El abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder, entendidos como ilícitos atípicos, tendrían los siguientes cuatro elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; y d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecerían como permitidos[93].

Las tres figuras: abuso, fraude y desviación de poder, dan lugar a principios interpretativos dirigidos al operador del derecho, pero también a principios dirigidos al legislador para que legisle de manera que se eviten, en la medida de lo posible, las lagunas axiológicas que estas figuras vienen a remediar. Los elementos configurativos del abuso del derecho serían: a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; y c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario[94].

El profesor español Manuel Atienza ubica el abuso del derecho dentro de una categoría general que él llama "ilícitos atípicos" junto con el fraude a la ley y la desviación de poder. La nota característica de estos tres ilícitos se encuentra en la discordancia entre la regla y un principio del sistema. En efecto, un ordenamiento se desarrolla mediante principios y reglas, o mejor, la normatividad del derecho se da en un doble plano: el de las reglas y el de los principios. De esa dimensión regulativa del derecho compuesta por dos niveles, el de las reglas y el de los principios, es que Atienza justifica la figura del abuso del derecho cuando ambos entran en contradicción[95].

Como cada derecho en su existencia y en su ejercicio obedece a ciertas razones de orden individual y de orden social a la vez, aislarse de esas razones, por lo tanto, significa abusar del derecho. Según Atienza y Ruiz Manero, una acción no es abusiva simplemente porque no produzca una mayor utilidad social. El principio de autonomía de la voluntad no puede justificar, por ejemplo, un uso anormal de los derechos que lesione intereses de otros, quedando insensible "al daño causado a intereses ajenos o a intereses colectivos" porque eso a su vez violaría un principio ulterior de igualdad en la protección de la autonomía individual[96].

Podemos concluir que en este caso, el ejercicio de la libertad de empresa de las personas que se encuentran en posesión de territorios con aptitud forestal, y que pretenden hacer actividad agrícola, lo que busca es desconocer otros derechos fundamentales, como el derecho a disfrutar de un medio ambiente equilibrado y adecuado a la vida, del derecho al territorio y del derecho a la consulta previa entre otros.

5.2. El paso del tiempo no vuelve constitucional un acto inconstitucional que viole derechos fundamentales

Si uno revisa la exposición de motivos del Proyecto de Ley, más concretamente la página 35 del mismo, advierte que este proyecto busca beneficiar a los invasores que han deforestado tierras para convertirlas en tierras agrícolas, contra lo establecido en la legislación. La tesis entre líneas que estos propugnan es que el paso del tiempo convertiría lo inconstitucional en constitucional, que el paso del tiempo borra la trasgresión al ordenamiento jurídico constitucional.

[93] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta. 2000, p. 42
[94] MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación Económica de los Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1994, p. 138.
[95] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos Atípicos. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 59
[96] ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, Madrid: Trotta. 2000, p. 58

La situación resulta altamente problemática incluso para aquellas operaciones que se encuentran asentada en tierras con capacidad de uso agropecuaria, pues de no haberse realizado el trámite de cambio de uso previo, tal como lo establece el artículo 38 de la Ley Forestal, las sanciones serían severas. De igual manera, en caso de que los estudios de suelos identificasen que la producción agraria se ubica sobre un suelo con aptitud diferente, no podría obtener su certificación ambiental y, por ende, tampoco podría aspirar a un cambio de uso, ni siquiera en vías de regularización. Peor aún, de determinarse que la capacidad de uso mayor del suelo no es agropecuaria, la operación tendría que detenerse inmediatamente, y el propietario tendría que asumir desde sanciones administrativas hasta posibles procesos penales por lo establecido en el artículo 310 del código penal.

La situación descrita en los párrafos anteriores constituye un imposible jurídico, que amenaza con dejar a la agricultura en la absoluta informalidad e ilegalidad, especialmente de la Amazonía. La norma forestal actual fue pensada para proyectos que parten de cero, y no tomó en cuenta las actividades agropecuarias en curso, donde ya no existe cobertura boscosa. Por ejemplo, no se contempla algún tipo de procedimiento de regularización progresivo para que este grupo de productores obtenga la autorización de cambio de uso. Si casi el 76% del suelo de

la selva es forestal o de protección, existe una altísima probabilidad que cientos de miles de hectáreas con cultivos estén instalados sobre este tipo de suelos y, por lo tanto, serían cultivos en una situación de ilegalidad debido a la inviabilidad de aplicar la ley. Es decir, aplicar la ley 29763, en su forma actual, causaría que casi la totalidad de la agricultura en selva (más de 2 millones de hectáreas de tierras agrícolas en producción manejadas por casi 500 mil productores) deba cerrar operaciones, recibir sanciones y hasta podrían ser denunciados por el delito contra los bosques.

Frente a ellos debemos decir, que el paso del tiempo no convierte en constitucional un acto ilegal e inconstitucional, tal como lo ha establecido este tribunal. En ese caso, se pretende legalizar invasiones y deforestación de territorios con cobertura boscosa. En palabras del Alto Tribunal:

> *"Debe tenerse en cuenta que el paso del tiempo no convalida un agravio constitucional permanente. Valores constitucionales como la seguridad jurídica pueden prestar singular fuerza a institutos jurídicos como la prescripción o la caducidad cuando de la afectación de derechos constituidos por la ley se trata. No obstante, en los supuestos de afectación continuada de derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución obliga a dispensar al asunto un tratamiento cualitativamente distinto. La razón de ello estriba en que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos legales, los derechos*

fundamentales no tienen soporte en la voluntad de un poder constituido, sino en el reconocimiento que de su superioridad axiológica realiza el Poder Constituyente al incorporarlos en la Norma Fundamental. En tal sentido, la pervivencia de su afectación, exige, cuando menos prima facie, que su contenido normativo se imponga frente al valor de la seguridad jurídica basada en una norma infraconstitucional, impidiendo que el paso del tiempo evite la declaración jurisdiccional de nulidad del acto lesivo permanente". (STC Exp. N.° 00014-2007-AI/TC, f.j. 19)

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la seguridad jurídica no es el único bien jurídico que hay que proteger. Es decir, no es el criterio cronológico el que debe resolver estos casos, sino la importancia del bien jurídico protegido, en este caso, la protección del medio ambiente.

"Al respecto, debe considerarse que las ANP son creadas por decreto supremo, con la aprobación del Consejo de Ministros, refrendado por el Ministro de Agricultura, lo que implica una serie de procedimientos previos entre la región interesada en la protección especial de cierta área con el Ejecutivo. Pero el fundamento por el cual el argumento planteado por el demandante debe ceder es la relevante valoración que se debe hacer de una ANP y la profunda incidencia que una afectación grave en su entorno puede provocar en la sociedad. A ello cabría sumar las demás incidencias sociales que tal daño, de ser irreversible, generaría en la dinámica social, económica y cultural de la región. ***No es, entonces, un criterio temporal o cronológico el que brinda una respuesta satisfactoria en el presente caso, sino que debe preferirse un criterio más amplio y comprensivo de los elementos que significan la creación de una ANP. De lo contrario, la normativa consentiría incoherencias que importarían un gran costo para la legitimidad de la jurisdicción****". (STC No 03343-2007-PA, f.j. 49)*

La consecuencia es evidente, el paso del tiempo no vuelve constitucional las violaciones a los derechos humanos.

6. CONCLUSIONES

En atención a los argumentos antes desarrollados podemos concluir lo siguiente:

i. Las normas constitucionales que regulan el régimen constitucional de los recursos naturales y del patrimonio forestal, no solo son normas jurídicas, sino que son normas que tienen la mayor jerarquía en el sistema de fuentes jurídicas (artículo 51 de la Constitución), son de aplicación inmediata (artículos 38 y 45 de la Constitución) y protegibles a través de los procesos constitucionales (artículo 200 de la Constitución).

ii. Lo que este Proyecto de Ley busca es que tierras con aptitud forestal pasen del régimen de protección de los recursos naturales al régimen agrario, a través de la eliminación de los requisitos de calificación de tierras y de la prohibición de cambio de uso. Lo que busca en realidad es convalidar la deforestación, y más en concreto, lo que persigue es legalizar y formalizar actividades ilícitas.

iii. En virtud del principio de retroactividad benigna en materia penal, recogido en el artículo 103 de la Constitución, que consiste en la aplicación de la ley penal más favorable al reo, la aprobación de este Proyecto de Ley traería como consecuencia, que todas las investigaciones policiales, fiscales y los procesos judiciales contra los taladores y madereros serían archivados. Esto dejaría en la impunidad la deforestación de miles de hectáreas de la Amazonía.

iv. El Proyecto de Ley viola el modelo constitucional recogido en los artículos 66, 67, 68 y 69 de la Constitución, toda vez que desconoce que el patrimonio forestal, es patrimonio de la nación, está bajo el régimen de protección de los recursos naturales (no del régimen agrario), de dominio eminencial del Estado (no del dominio público), y que no puede ser objeto de aprovechamiento privado y particular.

v. De acuerdo con el artículo 102 inciso 1 de la Constitución, es atribución del Congreso *"Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes"*. Es también atribución y obligación del mismo Congreso en el inciso 2 del mismo artículo, *"Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores"*

vi. De acuerdo con el artículo 45 de la Constitución, el ejercicio del poder de todo funcionario público en general y de los congresistas en particular, debe realizarse en el marco de las competencias expresamente reconocidas en la Constitución y en el ordenamiento jurídico. Cuando ese ejercicio del poder se realiza fuera del ordenamiento jurídico, ese poder *de iure* se vuelve un poder de facto, carente de efectos jurídicos.

vii. Las normas que reconocen que los recursos naturales, y más en concreto, los recursos forestales son patrimonio de la nación y el Estado es libre en su aprovechamiento, contenidas en el artículo 66 de la Constitución, al tener una naturaleza de normas regla, y no de normas principio, son de aplicación directa, y no admiten ponderación con algún principio o derecho fundamental.

viii. El Proyecto de Ley, al intentar mediante una ley ordinaria del Congreso alterar este régimen constitucional, incurre en un vicio de nulidad, por un principio de jerarquía normativa, en consonancia con el artículo 51 y segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

ix. El Proyecto de Ley, al vulnerar el derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente equilibro y adecuado a la vida, tiene un vicio de nulidad. De acuerdo con el último párrafo del artículo 31 de la Constitución, todo acto que restrinja un derecho fundamental es nulo y punible, en consonancia con el artículo 10.1 de la Ley general de procedimientos administrativos, aprobada por Ley N.° 27444.

Lima, 15 de diciembre de 2023.